

## NEGOCIO URBANÍSTICO SUPERFICIARIO EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Urban superficiary business in Classical Roman Law

Guillermo Suárez Blázquez  
Universidade de Vigo

### SUMARIO

1. Concesión demanial administrativa-tributaria de superficie: “*locatio-conductio de loco publico fruendo*”. 2. Negocio superficiario privado: contrato sinalagmático de superficie/*locatio conductio* de superficie privada. 3. La superficie pública y privada como unidad económica-jurídica del negocio superficiario. 3.1. Superficie pública. 3.2. Superficie privada.

### Resumen

Superficies es posible que signifique el edificio que pertenece al propietario del suelo, pero sobre el que otra persona, llamada superficiario, tiene un derecho personal —negocio superficiario—, y medios “*in rem et in personam*” destinados a la protección del derecho, siempre que el superficiario pague una cierta suma de dinero, como renta, al propietario. La superficie tiene sus raíces en el nacimiento y el desarrollo del urbanismo cosmopolita público y privado de Roma. Inicialmente, la institución se presenta como una concesión administrativa demanial y tributaria de Roma y sus entes territoriales municipales. A finales de la República, este negocio superficiario público se trasladó al campo de los negocios civiles privados. A tal fin, los ciudadanos realizaban contratos sinalagmáticos privados de arrendamiento.

**Palabras claves:** Superficie, negotium, ius in re aliena

### Abstract

Surfaces may mean the building belongs to the owner of the land, but on another person, called surface rights, has a personal right —surface rights business— and means in rem et in personam for the protection of the law, always that the surface rights to pay a certain sum of money as rent, the landlord. The area has its roots in the birth and development of urban public and private cosmopolitan Rome. Initially, the institution is presented as an administrative concession and tax state-owned land in Rome and its local municipal

territory. At the end of the Republic, the business went public surface rights to the field of private civil matters through bilateral contracts private leasing.

**Keywords:** Superficie, negotium, ius in re aliena

### 1. Concesión demanial administrativa-tributaria de superficie: “Locatio-conductio de loco publico fruendo”

La institución de la superficie pública encuentra sus orígenes en el urbanismo público. Desde tiempos republicanos, el Estado romano y sus entes territoriales (ciudades, colonias y municipios) configuraron la naturaleza de la superficie como un negocio de naturaleza pública que tuvo por fin la explotación tributaria y económica del suelo para la financiación y el mantenimiento, con el dinero público, de un urbanismo civilizado de carácter cosmopolita en el imperio.

En esta dirección, la jurisprudencia clásica presenta la concesión superficiaria sobre solares públicos de forma copulativa a las concesiones demaniales de los campos agrarios públicos o *ager vectigalisque*: “*SED ET VECTIGALIA VEL SUPERFICIARIA*”<sup>1</sup>, “*ITEM IN FUNDO VECTIGALI VEL SUPERFICIE*”<sup>2</sup>. Las vidas jurídicas paralelas de estas instituciones, como observaron Bove, Pastori, Ben Stoop y, recientemente, Fernández de Buján<sup>3</sup>, no deben resultar extrañas.

Los orígenes de la calificación administrativa de ambos tipos de suelo son comunes y, con mucha probabilidad, se encuentran en los procesos administrativos de demarcación territorial y deslinde del suelo municipal, agrario – urbano, que llevaban a cabo los agrimensores romanos republicanos – *ager divisus et adsignatus*-. En esta dirección, Trebacio,

<sup>1</sup> D. 10, 2, 10

<sup>2</sup> D. 7, 4, 1

<sup>3</sup> LUCIO BOVE, “*Ricerche sugli agri vectigales*”, Napoli, 1960, p. 84. FRANCO PASTORI, *PROSPETTIVA STORICA DELLA SUPERFICIE NEL SISTEMA DEI DIRITTI*, Ed. Cisalpino - Goliardica Milano, 1979, p. 196. BEN STOOP, *LAW AND ECONOMY IN ANTIQUITY: THE HOUSING SHORTAGE IN ANCIENT ROME AND THE RESPONSE OF THE CLASSICAL JURISTS TO THE DEMANDS OF COMMERCE, POLIS*, “*Studi interdisciplinari sul mondo antico*”, vol. II, 2006, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, L’ERMA di BRETSCHNEIDER, Roma, p. 262, ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “*Derecho Privado Romano*”, Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009, pp. 353 - 354

asesor y jurista de César, informaba fidedignamente de los fines que perseguía el procedimiento administrativo catastral del *ager limitatus*: “*agrum, qui hostibus devictis, ea conditione concessus sit, ut in civitatem veniret, habere alluvionem, neque esse limitatum*; AGRUM AUTEM MANUCAPTUM LIMITATUM FUISSE, UT SCIRETUR, QUID CUIQUE DATUM ESSET, QUID VENIISSET, QUID IN PUBLICO RELICTUM ESSET”, (el terreno, —vencidos los enemigos— que haya sido concedido, con la condición de que vuelva a la ciudad, tiene derecho de aluvión y no está limitado; el territorio que hubiese sido ocupado fue limitado para que se conociese cuál y cuánto había sido dejado en privado a cada uno, cuál fue vendido, cuál se dejó para el uso público).<sup>4</sup>

Si el terreno agrario o *ager vectigalisque* y los solares urbanísticos públicos superficiarios encuentran su origen y forman parte del “*ager limitatus quid in publico relictum esset*”, no sería arriesgado mantener que los solares públicos fueron desgajados del “*ager limitatus in publico*” por el pueblo romano, las ciudades y las colonias, y, en ambos casos, entregados a los particulares para su edificación.

Por una parte, las fuentes del Digesto distinguen el *ager vectigalisque* agrario de los llamados *praedia superficiaria*, —predios superficiarios urbanos— y, por otra, los *praedia superficiaria* de los edificios tributarios, *aedificia vectigalis superficiarios*. Esto significa que el Estado Romano (en la República, los magistrados —cónsules, cuestores, censores y ediles— y, posteriormente, en el Principado, el emperador y sus funcionarios —*praefectii*, *curatores*— y, siempre, junto a ellos, el Senado) planificaba el diseño urbanístico de la ciudad y del régimen jurídico del suelo. La calificación jurídica del suelo alcanzaba, por el principio de accesión, a la superficie:

- *Praedia Superficiaria*:

- o Los *Praedia Superficiaria*<sup>5</sup> son solares públicos que han sido calificados, previamente, por el Estado Romano con este título jurídico administrativo y tributario público. Esta calificación habilita a los poderes políticos romanos para conceder o entregar, mediante

<sup>4</sup> D. 41, 1, 16

<sup>5</sup> D. 10, 2, 10. D. 43, 8, 2, 3

<sup>6</sup> CIL. 1585b

concurso público, estos solares a los ciudadanos para su construcción y explotación superficiaria. El concesionario es beneficiario del derecho de construcción y explotación superficiaria,<sup>6</sup> construye o disfruta privativamente del uso del edificio público y, en contraprestación, paga periódicamente un tributo público al erario en nombre del pueblo romano por el suelo (*VECTIGAL SOLARIUM PUBLICO POPULI ROMANI*).<sup>7</sup> La naturaleza jurídica del suelo —*praedia superficiaria*— es seguida, por accesión, por cualquier edificio que se construya sobre aquél.

- *Aedes Vectigalis*:

- o En otras ocasiones, el Estado romano construye sus edificios públicos y los entrega, mediante concurso administrativo superficiario, a los ciudadanos. En ambos casos, los concesionarios están sujetos, permanentemente, al pago del *vectigal*. La construcción superficiaria pública es calificada jurídicamente por el Estado romano, o sus entes territoriales municipales, con el título de edificios tributarios, *Aedes Vectigalis*.<sup>8</sup>

La construcción de edificios públicos superficiarios por el Estado romano es testimoniada por Vitrubio. El arquitecto trata en su monografía *DE ARCHITECTURA*, L. V, escrita entre los años 30 – 24 a. d. C., del urbanismo y la construcción de los edificios públicos. En el capítulo I, el autor hace un estudio del foro y de los pórticos públicos. Estas construcciones eran financiadas, generalmente, por el Senado, los magistrados y los emperadores. Según testimonia Vitrubio, en los foros porticados de Roma y de las ciudades de Italia “*Italiae vero urbibus*”, “... *ideo quod a maioribus consuetudo tradita est gladiatoria*” (se celebraban los espectáculos gladiatorios conforme a la costumbre de los antepasados) y añade “*igitur circum spectacula spatiosiora intercolumnnia distribuuntur circaque in porticibus argentariae tabernae maeniaque superioribus coaxationis conlocetur, quae et usum et ad vectigalia publica recte erunt disposita*” (sin embargo, por el espectáculo del circo las columnas son distribuidas de forma espaciada, y debajo de los pórticos deben estar

<sup>7</sup> D. 43, 8, 2, 17. D. 50, 16, 17, 1

<sup>8</sup> D. 39, 2, 15, 26

<sup>9</sup> D. 50, 10, 5, 1.

situados los locales de la banca y unidas a las plantas superiores, las galerías —comerciales— cuyo uso —privado— se sujeta al pago de un tributo público), *L. V, Cap. I, 2*.

Los locales de negocio y las galerías comerciales balconadas son *unidades*<sup>9</sup> *superficiares públicas* que el Tesoro romano explotaba, generalmente, mediante concesión pública administrativa. Los comerciantes, los empresarios de las finanzas, las *societates publicanorum*<sup>10</sup> y los colegios profesionales concurrían a la oferta pública de construcción o uso privado de los edificios y de las unidades superficiares. Los adjudicatarios quedaban sujetos y subyugados, permanentemente, al pago del tributo superficiario público —*vectigal*— por el derecho uso de la superficie pública.

En esta dirección, no sorprende que el jurista Labeón, coetáneo de Augusto, precise qué lugares públicos son susceptibles de uso privado: *loci publici* son los solares —*areae*— y los edificios —*insulae*—. <sup>11</sup> Los solares que menciona el jurista pueden ser predios superficiares públicos y, de la misma forma, los edificios pueden ser *insulae superficiares* públicas si son entregados a los particulares sujetos al pago del tributo —*vectigal*—. La calificación administrativa previa de los solares y los edificios públicos superficiares, la transmisión del uso mediante negocios privados y la sujeción al derecho tributario y fiscal del Estado romano se deducen de la información cristalina que nos transmite Ulpiano sobre las obras públicas:

*“Fines publicos a privatis detineri non oportet. Curabit igitur Praeses provinciae, si qui publici sint, a privatis separare, ET PUBLICOS POTIUS REDITUS AUGERE, SI QUA LOCA PUBLICA VEL AEDIFICIA IN USUS PRIVATORUM INVENERIT, aestimare, utrumne VINDICANDA IN PUBLICUM SINT, an VECTIGAL IIS SATIUS SIT IMPONI; et id, quod utilius esse reipublicae intellexerit, sequi”.*

(No es conveniente que los lugares públicos sean detentados por los particulares. Así el *Praeses* de la provincia cuidará de separar los lugares públicos de los privados, y de estimar y aumentar las rentas —superficiares— de los lugares públicos si descubre lugares públicos —suelo

<sup>10</sup> *HYGINIO, De Conditionibus Agrorum, 116, 1. 5 - 23*

<sup>11</sup> *D. 43, 8, 2, 17*

superficialio y edificios superficialios— en el uso privado de los particulares, o si hayan de ser reivindicados para el dominio público, o si es preferible que se les sujete al pago de un tributo <vectigal -solarium>; y cuidará de lo que sea más conveniente para la utilidad pública de la República”).

Los negocios superficialios públicos están dominados y subyugados siempre por el *imperium* político, administrativo y fiscal<sup>12</sup> del Estado romano y de los entes territoriales, sitios en Italia y las provincias. Los magistrados, el Senado, los Príncipes y sus funcionarias delegados, los gobernadores y los decuriones estaban habilitados por ley, es decir, eran soberanos para imponer, de modo unilateral, las condiciones de la concesión administrativa tributaria en superficie. El ciudadano interesado en participar en el concurso o licitación de los solares superficialios no podía negociar las condiciones de la adquisición del solar. El superficialio quedaba subyugado a las cláusulas públicas del contrato de la concesión superficialia, y al control financiero y tributario del Tesoro del Estado Romano o de sus entes municipales. Cualquier cambio en las condiciones de la concesión superficialia debía ser solicitado al ente público concedente. Éste, mediante decreto, podía acceder a lo solicitado (exención del pago del solarium, prórroga de la concesión etc.) o rechazar de modo unilateral la pretensión del particular.<sup>13</sup>

Las concesiones administrativas de la superficie<sup>14</sup> encuentran su origen en la ley,<sup>15</sup> y en las reglamentaciones urbanísticas municipales de las

<sup>12</sup> En materia de principios generales del Derecho Administrativo Romano, *Ius Fiscale* y concesiones administrativas superficialias ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN “HACIA UN TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO ROMANO”, *Revista General de Derecho Administrativo*, IUSTEL, n. 24, 2010, pp. 1- 37. ANTONIO FERNANDEZ DE BUJAN, “Léxico Fiscal e instrumentos de política financiera”, *Revista General de Derecho Romano*, IUSTEL, 2010, RI & 409242, ISSN 1697 – 3046. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *IURA*, vol. 58, 2010, pp. 1 – 32.

<sup>13</sup> ANDREA PALADINI, SUPERFICIE, “*Nuovo Digesto Italiano*”, vol. XVIII, 1957 p. 942: “*in caso di concessione da parte del populus romanus, si parlava ugualmente di locatio conductio e se ne seguiva lo schema ma un vero rapporto obbligatorio non poteva sorgere, data la disuaglianza di posizione giuridica tra il concedente e il concessionario*”.

<sup>14</sup> FERNANDEZ DE BUJÁN A., cit. pp. 353 – 355.

<sup>15</sup> CICERON, *Ep. Ad. Att.* 12, 35. *D.* 43, 8, 2

ciudades, de los municipios y de las colonias.<sup>16</sup> Si en Roma, al decir de Cicerón, las concesiones de suelo público son competencia del Senado, “*senatusconsultum de loci publici*”, y de los magistrados: “*SUPERFICIAM CONSVLES EX SENATUS CONSULTO AESTIMABUNT*”,<sup>17</sup> —práctica seguida por los Príncipes mediante *Decretum et Edictum*<sup>18</sup>— en Italia y las provincias, aquéllas son reguladas por las leyes municipales. Por ejemplo, la *LEX FLAVIA IRNITANA* (91 d. C.) en su *Rúbrica* 63, VII, B “*De locationibus legibusque locationum proponendis et in tabulas municipis referendis*” dice:

“*Qui Iivire dicundo praerit vectigalia ultroque/tributa, sive quid aliut communi nomine municipum eius municipi oportebit, locato. Quasque locationes fecerit, quas leges dixerit et quanti quit / locatum sit, et qui praedes accepti sint in tabulas comunes municipum eius municipi referantur factio, et proposita habeto per omne reliquum tempus honoris sui, ita ut de plano recte legi possint, quo loco decuriones conscriptive proponenda esse censuerint*”.

La información ciceroniana encuentra un apoyo formidable en las leyes municipales pues éstas transfieren la competencia sobre el suelo superficiario a los magistrados y al Senado municipal. Los *Iiviri* pueden arrendar los solares tributarios, se comprenden los terrenos agrarios y los solares públicos, en nombre del municipio. El inicio del concurso público se realiza previa autorización del Senado local. La Cámara de Decuriones del municipio ordena mediante decreto, *DECRETUM DECURIONUM*,<sup>19</sup> aprobado por mayoría cualificada del órgano político colegiado municipal,<sup>20</sup> la salida a concurso de los solares superficiarios públicos municipales, labor que los *IIViri* llevan a cabo: “*quo loco decuriones conscriptive proponenda esse censuerint*”. La concesión pública fija, mediante cláusulas, las condiciones del arrendamiento —*quas leges dixerit*—: las causas de incompatibilidad para participar en el concurso, las condiciones económicas, por ejemplo, la cuantía del tributo superficiario, *vectigal solarium*, —*quanti quit*—, los fiadores y avalistas que

<sup>16</sup> D. 43, 8, 2, 1

<sup>17</sup> CICERON, *Ep. Ad Att.*, 4, 1. D. 43, 8, 2

<sup>18</sup> D. 43, 8, 2

<sup>19</sup> *LEX FLAVIA IRNITANA*, *Rubrica* 42, “*Si qua decreta decurionum tolli oportebit, quemadmodum tollantur*”.

<sup>20</sup> *LEX FLAVIA IRNITANA*, *Rúbrica* 42

debe presentar el concesionario, —*qui praedes accepti*— y el tiempo de la concesión. El concurso es público, se anunciará, junto al decreto, por un plazo de treinta días,<sup>21</sup> y deberá ser expuesto por el mismo plazo de tiempo en los tablones públicos del municipio —*tabulas communes municipum*<sup>22</sup>—.

Otras inscripciones son testimonios fidedignos de los procedimientos administrativos públicos superficiarios:

- En el año 193 d. C. ADRASTRUS, Procurador de la Columna de Marco Aurelio (*procuratori columnae divi Marci*)<sup>23</sup> se dirige al emperador Septimio Severo solicitando permiso para edificar una pequeña casa en un solar público junto al monumento:

*“Exempla litterarum rationalium dominorum nostrorum scriptarum, pertinentes ad Adrastrum Augustorum nostrorum libertum, quibus a ei permissum sita aedificare loco cannabae a solo sui iuris sui pecunia sua, praestaturus solarium sicut caeteri ... Tegulas omnes et impensa de casulis item cannabis et aedificiis idoneis adsigna Adrastro procuratori columnae divi Marci, ut ad voluptatem suam hospitium sibi extruat, quod ut habeat sui iuris et ad heredes transmittat”.*<sup>24</sup>

Si creemos a Beckmann “*the response came in the form of three letters from the imperial finance department*”<sup>25</sup>, —*rationalium dominorum nostrorum scriptarum*—.<sup>26</sup> Las misivas constituyen un soporte documental valioso que contienen una concesión administrativa demanial y tributaria de superficie pública, susceptible de uso privado. Las cartas detallaban la ubicación del solar público (100 metros al Este de la columna); el permiso imperial de edificación superficiaria “*permissum sita aedificare loco cannabae a solo sui iuris sui ... sicut caeteri*”<sup>27</sup>; la imputación de los costes constructivos al concesionario superficiario público, “*pecunia sua .. tegulas omnes et impensa de casulis ... ut ad voluntatem*

<sup>21</sup> LEX FLAVIA IRNITANA, Rúbrica 41 (25) “*De Decurionum decretis recitandis et in tabulis municipio referendis*”.

<sup>22</sup> LEX FLAVIA IRNITANA, Rúbrica 41

<sup>23</sup> FIRA III, 110. CIL.1585b

<sup>24</sup> FIRA III, 110

<sup>25</sup> M. BECKMANN, “The meaning of Pons in the inscription of Adrastrus”, (CIL.6, 1585b), “*Journal of the Classical Association of Canada*”, III, vol. 7 (2007) Moseon Series, p. 23

<sup>26</sup> CIL. 6, 1585b

<sup>27</sup> CIL. 6, 1585b



*suam hospitium sibi extruat*”,<sup>28</sup> los materiales que debía utilizar en la construcción del edificio superficiario, “*tegulas omnes et inpensa de casulis*”,<sup>29</sup> la obligación de construir una pasarela conexas; las condiciones jurídicas administrativas y tributarias, “*pecunia publica*”,<sup>30</sup> las condiciones jurídicas civiles del uso privativo, “*hospitium quod ut habeat sui iuris et heredes transmittat*”,<sup>31</sup> y la vigilancia del proceso constructivo por parte de los funcionarios del Tesoro, “*rationalum dominorum nostrorum*”.<sup>32</sup>

A finales de la época clásica, la necesidad del concurso no es necesaria, —acaso se pueda pensar en un antecedente del silencio administrativo positivo— pero el suelo superficiario sigue estando bajo el control del Estado romano. Según manifiesta Ulpiano, si algún particular edifica sin permiso o licencia en suelo público, el Estado y el municipio pueden, por decisión unilateral, demoler lo edificado, o, por el contrario, autorizar la construcción superficial sujeta al pago de un tributo superficial —*solarium*—:

“*Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, qui operibus publicis procurat, debet id deponere, aut si non obstat, solarium ei imponere*”, (quien haya edificado en solar público sin que nadie se lo hubiese prohibido, el procurador de las obras públicas debe demolerlo, pero si no obsta debe imponer al promotor —superficiario— un *solarium*).<sup>33</sup>

El texto ulpiano es claro: la construcción en superficie queda sujeta al control y fiscalización urbanística y tributaria del ente público. Los magistrados y funcionarios públicos municipales vigilaban al suelo público superficial y a la construcción y el mantenimiento de las obras públicas superficiales. Este poder de control urbanístico, administrativo y tributario de la superficie pública podía conducir:

- a) A la calificación administrativa previa del suelo público como suelo constructivo superficial.

<sup>28</sup> CIL. 6. 1585b

<sup>29</sup> CIL. 6. 1585b

<sup>30</sup> CIL. 6. 1585b

<sup>31</sup> CIL. 6. 1585b

<sup>32</sup> CIL. 6. 1585b

<sup>33</sup> D. 43, 8, 2, 17

- b) A la concesión de licencias y permisos para construir en superficie pública.<sup>34</sup>
- c) A la prohibición de edificar en suelo público superficiario.<sup>35</sup>
- d) A la solicitud de cauciones judiciales que garanticen que no se iniciará una obra superficiaria en suelo público.<sup>36</sup>
- e) A la concesión de decreto de *Interdictos de loco publico fruendo* en defensa del *vectigal superficiario*.<sup>37</sup>
- f) A la denuncia de obra nueva superficiaria pública —*operis novis nuntiatio de superficie publica*—.<sup>38</sup>
- g) A la imposición de cauciones de obra nueva superficiaria —*cautio operis novis de superficie*—.
- h) A la imposición de cauciones por el daño temido superficiarias públicas —*cautiones damni infecti de superficie publica*—.<sup>39</sup>
- i) A la imposición de *stipulationes damni infecti* superficiarias públicas.<sup>40</sup>
- j) A la imposición de cauciones fiscales o tributarias superficiarias a los concesionarios de la superficie pública.<sup>41</sup>
- k) A la imposición de tributos urbanísticos superficiarios, *vectigal - solarium* (“a ground-rent”).<sup>42</sup>
- l) A la exención del pago de los tributos públicos superficiarios.<sup>43</sup>
- m) A la valoración económica de la superficie pública.<sup>44</sup>
- n) A la vigilancia de la transmisión y venta del derecho de uso de superficie pública. El nuevo superficiario, adquirente del derecho de uso, permanece sujeto al pago del *vectigal* o *solarium* al Estado romano.

<sup>34</sup> FIRA, III, 110. ID. III, 111

<sup>35</sup> D. 43, 8, 1. D. 43, 8, 2. C. 8, 12, 21. FIRA, III, 110. ID. III, 111

<sup>36</sup> D. 43, 8, 2, 18

<sup>37</sup> D. 43, 9, 1. D. 43, 9, 1, 1

<sup>38</sup> D. 39, 1, 3, 4

<sup>39</sup> D. 39, 2, 15, 26. D. 39, 2, 15, 27

<sup>40</sup> D. 39, 2, 13, 8. D. 39, 2, 15, 26. D. 39, 2, 15, 27

<sup>41</sup> D. 50, 8, 3, 1

<sup>42</sup> A Latin Dictionary, LEWIS AND SHORT, Oxford, p. 1718, *solarium-ii* (sc. *Vectigal*), D. 17, 7, 1, 7 & 2. D. 43, 8, 2. D. 30, 1, 39 & 5. D. 50, 8, 3, 1

<sup>43</sup> FIRA III, 111. CIL. VI, 266: “*Lis fullonum*”.

<sup>44</sup> CICERON, *Ad. Att.* 4, 1. *Id.* 4, 2, 5

- o) A la vigilancia del suelo superficario público.<sup>45</sup>
- p) A la vigilancia de los edificios superficarios públicos.<sup>46</sup>
- q) A la imposición de multas y sanciones por negligencia en el uso de la superficie pública.<sup>47</sup>
- r) Al ejercicio de la Acción Reivindicatoria, —*VINDICATIO IN PUBLICO*—, dirigida a la declaración judicial del dominio público sobre el solar o el edificio superficario.<sup>48</sup>
- s) A la reversión forzosa de la concesión por falta de pago del tributo.<sup>49</sup>
- t) A la reversión forzosa de la concesión superficaria por incompatibilidad pública para ser titular de la concesión.<sup>50</sup>
- u) A la reversión forzosa de la concesión superficaria por falta de idoneidad económica del concesionario.<sup>51</sup>
- v) A la emisión de un decreto de demolición de la edificación superficaria si no se cumplían los requisitos impuestos por la concesión, o por los magistrados municipales.<sup>52</sup>
- w) A la emisión de una orden pública coercitiva de demolición superficaria pública no ajustada a derecho.<sup>53</sup>

El *imperium* y el dominio público del Estado y de los entes municipales territoriales se imponían sobre el concesionario superficario privado. Los solares superficarios, propiedad del pueblo romano, no eran objeto de usucapión. Del mismo modo, los *aedibus vectigalsque* situados sobre solares públicos eran imprescriptibles: “*nec enim dominium capere possidendo potest*” (ni siquiera poseyendo puedes adquirir el dominio)<sup>54</sup>.

<sup>45</sup> D. 50, 10, 5, 1

<sup>46</sup> D. 43, 8, 2, 17, D. 50, 10, 5, 1

<sup>47</sup> D. 1, 15, 3, 1

<sup>48</sup> D. 50, 10, 5, 1

<sup>49</sup> D. 50, 8, 9, 2, D. 50, 10, 5, 1

<sup>50</sup> LEX IRNITANA, 48 Rubrica: *Qui ne conducant emantve, neve socii sint cum publica locabuntur venibunt.*

<sup>51</sup> D. 50, 8, 3, 1

<sup>52</sup> CICERON, *Ad. Att.* 4, 1. D. 43, 8, 2, 17

<sup>53</sup> D. 43, 8, 2, 17

<sup>54</sup> D. 39, 2, 15, 26

Estas concesiones demaniales administrativas *ad edificandum*<sup>55</sup> de los solares públicos superficiarios nacieron por causa de utilidad pública e interés social, con el fin de dar solución a las demandas financieras y tributarias del estado romano<sup>56</sup> y de sus entes locales. Los predios superficiarios públicos constituyeron junto a los predios patrimoniales de la república uno de los motores más importantes de la creación de la riqueza tributaria pública del Tesoro Romano y del Erario de las ciudades, colonias y municipios del imperio. Las concesiones trataron de dotar de autonomía financiera a los entes municipales. Éstos podían financiar, mediante el cobro de las rentas tributarias superficiarias, la construcción y reparación de obras y edificios públicos, esto es, el mantenimiento del urbanismo público. Junto a la utilidad pública, las concesiones atendieron a la utilidad privada. La creación de negocios y empresas, y la puesta en circulación de un mercado superficiario público eran instrumentos de fomento de la riqueza privada en Roma y en los entes municipales del Imperio<sup>57</sup>.

## 2. Negocio superficiario privado: contrato sinalagmático de superficie/ locatio - conductio de superficie prevada

A finales de la República, si creemos a Cicerón, Roma conquista el cielo y vive en el aire (De Lege Agraria, II, 16). En este tiempo, es muy probable que los ciudadanos trasladasen el negocio superficiario al

<sup>55</sup> D. 43, 8 2. FIRA, III, 110. Id. III 111. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, cit. p. 354: “las originarias cesiones de suelo público se hicieron efectivas a través de la figura administrativa de la concesión, mediante la cual el magistrado competente otorgaba a un particular el derecho a levantar una edificación sobre un solar público, a cambio de una cantidad de dinero y con sometimiento a un término”. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “HACIA UN TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO ROMANO”, RGDA, IUSTEL, n. 24, 2010, pp. 9-13: “– las ideas de concesión y autorización administrativa, – la contratación de obras públicas con una sociedad privada, – la restauración de los edificios públicos, vigilancia y demolición – la obtención de rentas públicas del *ager publicus* para edificar y mantener los edificios públicos, – la autorización para edificar en lugares públicos, – el régimen fiscal de las obras públicas ..”.

<sup>56</sup> D. 50, 11, 5, 1. C. Th. 15, 1, 9. LRW 15, 1, 1

<sup>57</sup> D. 43, 8, 2, 2

campo de los contratos privados. Una definición clásica del negocio superficiario privado se puede armar del elenco de los escritos jurisprudenciales que nos presenta el Digesto:

“*SUPERFICIE EST NEGOTIO*<sup>58</sup> *LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONIS*<sup>59</sup>, *IN RE ALIENA QUIA SUPERFICIE EST IN SOLO ALIENO*<sup>60</sup> *ET IN CONDUCTO SOLO POSITAE EST*<sup>61</sup>”.

Los juristas romanos y los pretores conocieron y tutelaron el negocio privado de la superficie<sup>62</sup>. La superficie es objeto de arrendamiento y el edificio superficiario constituye una entidad jurídico-económica objeto de un negocio entre una pluralidad de partes. Sobre el suelo y la construcción superficiaria fluctúan y pivotan los intereses del arrendador y del arrendatario. Gayo es el primer autor y único que da una definición jurídica de esta institución, en sus Comentarios al Edicto Provincial, Libro XXV: “*SUPERFICIARIAS AEDES APELLAMUS, QUAE IN CONDUCTO SOLO POSITAE SINT; QUARUM PROPIETAS ET CIVILI ET NATURALI IURE EIUS EST, CUIUS ET SOLUM*”,<sup>63</sup> (llamamos edificios superficiarios, aquellos que se construyeron en suelo ajeno tomado en arrendamiento).

El contrato une los intereses del *dominus soli* o *locator* con los intereses del *conductor de superficie*: “*SED PRAETOR SUPERFICIARIUM TUEBITUR SECUNDUM LEGE LOCATIONIS*”<sup>64</sup>. Paulo dice que el superficiario es quien tiene la superficie en suelo ajeno, y paga por ello una cierta pensión “*ID EST, QUI IN ALIENO SOLO SUPERFICIAM ITA HABET, UT CERTAM PENSIONEM PRAESTET*”<sup>65</sup> ; del

<sup>58</sup> D. 19, 2, 35

<sup>59</sup> D. 43, 18, 1

<sup>60</sup> D. 6, 1, 74. D. 43, 18, 1, 1

<sup>61</sup> D. 43, 18, 2

<sup>62</sup> C.A. MASCHI, Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio *superficie solo cedit*, en “*Studi in onore de Vincenzo Arangio – Ruiz*”, vol. IV, Napoli, 1953, pp. 143-168. E. SILVEIRA MARCHI “La proprietà per piani nel diritto romano”, “*Index*”, vol. 18, Napoli, 1990, p. 265-271. F. SITZIA, s.v. “*SUPERFICIE*”, en *ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO*, vol. XLIII, 1990, pp. 1459-1463.

<sup>63</sup> D. 43, 18, 2

<sup>64</sup> D 43, 17, 3, 7

<sup>65</sup> D. 6, 1, 74

mismo modo, ULPIANO afirma que “*QUI IN CONDUCTO SOLO SUPERFICIEM IMPOSUIT*” (quien en suelo tomado en arrendamiento construyó una superficie), “*QUI SUPERFICIE IN ALIENO SOLO HABET,.. SI CONDUXIT SUPERFICIUM*” (quien tiene una superficie en suelo ajeno,... si conduce una superficie).<sup>66</sup>

La superficie no es sólo un mero contrato de arrendamiento y detención de la cosa, *locatio-conductio rei*. Por el contrario, Gayo, Pomponio, Paulo y Ulpiano dicen en sus escritos que la superficie es un negocio que se desarrolla en una cosa ajena. El superficiario arrienda el solar para edificar. El superficiario edifica en suelo ajeno y paga una pensión. La pensión es una cantidad de dinero que le debe compensar no sólo por el uso del suelo ajeno sino por la inversión constructiva realizada. Por este motivo, entendemos que el negocio trascendió los límites jurídicos y económicos de la *locatio-conductio*: arrendamiento de suelo + cláusula de construcción en superficie. Esta tesis coincide con la definición formulada por el jurista Gayo del edificio superficiario: “*superficiarias aedes apellamus quae in conducto solo positae sint*” D. 43, 8, 2. La definición es importantísima, porque, aunque, evidentemente, todos los edificios se construyen sobre el suelo y se elevan en superficie, <y en este sentido es acertadísimo el parecer de Celso “*solum partem esse aedium existimo, nec alioquin suiacere, uti mare navibus*”<sup>67</sup>, (el suelo es parte del edificio pues de otra suerte no puede servir de base, como el mar a las naves), no todos los edificios, como se intuye de las palabras de Gayo y de los demás juristas clásicos citados, fueron superficiarios. Como se deduce de los fragmentos jurídicos de la jurisprudencia clásica, para la existencia de un *aedes superficiario privado* era necesaria la participación de, al menos, dos personas que estuviesen dispuestas a crear, con respeto a la libre autonomía de su voluntad, en condiciones de igualdad y equidad, un negocio superficiario. Este negocio superficiario, o expediente contractual sinalagmático, posibilitó la disociación jurídica del suelo de la superficie. Mediante este negocio, aquellas entidades jurídicas, suelo-superficie, que permanecían en la propiedad y la posesión de

<sup>66</sup> D.43, 18, 1, 1

<sup>67</sup> D. 6, 1, 49

<sup>68</sup> D. 43, 18, 1. FIRA III, 110. Id. III, 111.

una persona se desmembraban y pasaban al poder —*ius, potestas*—<sup>68</sup> de diferentes personas. Las personas interesadas en la realización del negocio superficiario permanecían unidas por el contrato sinalagmático del arrendamiento o *Locatio-Conductio*. El *dominus soli* o *locator* ponía a disposición del *conductor* la posesión del suelo y del vuelo superficiario para edificar, usar y disfrutar de lo edificado. El *conductor superficiario*, al decir de Paulo, *Libro XXI Ad Edictum*, “*in alieno solo superficie ita habet, ut certam pensionem praestet*”,<sup>69</sup> tiene la posesión de la superficie en suelo ajeno, *superficie ita habet*, durante el tiempo convenido, a cambio del pago de una pensión, —*ut certam pensionem praestet*—. La falta del pago es causa de disolución del contrato.

Unido al contrato de arrendamiento pivota el principio de atracción necesaria: el *dominus soli* retenía siempre la propiedad del suelo y de la superficie, unidades jurídicas que permanecían unidas en propiedad vertical<sup>70</sup>, protegidas por el principio de accesión de inmuebles —“*superficies solo cedit*”—. Sin embargo, el contrato permitía la separación jurídica y económica de la superficie de la propiedad del suelo. En caso contrario, el negocio no sería viable, o podría ser ruinoso para el superficiario.

El contrato de arrendamiento superficiario, a diferencia de las concesiones unilaterales públicas administrativas *ad fruendum* superficarias, constituyó un negocio sinalagmático privado, y al decir de Gayo, “*sed sufficit eos qui NEGOTIUM GERUNT consensisse*” (es suficiente con que consientan aquellos que gestionan el negocio).<sup>71</sup> El *dominus soli* y el *conductor superficiario* gozan de libre autonomía de la voluntad, tratan de igual a igual y se mueven libremente en la negociación y composición del contrato. Ambas partes permanecen unidas por la médula de pactos que trenzan en el contrato de arrendamiento de superficie. El nervio conductor principal está constituido por la *cláusula sinalagmática de superficie*: “*EX LEGE LOCATONIS CONDUCTIONIS DE SUPERFICIE*”.<sup>72</sup> El *dominus soli* y el superficiario quedan “*alter alteri obligatur*

<sup>69</sup> D. 6, 1, 74

<sup>70</sup> D. 43, 18, 1, 4

<sup>71</sup> GAYO, *Inst.* 3, 135

<sup>72</sup> D. 43, 18, 1

*de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*” (una parte queda obligada a la otra, por todo aquello que deba hacer y prestar una a la otra, conforme a la buena fe y a la equidad).<sup>73</sup> Las partes contratantes son titulares de derechos y obligaciones y se deben prestaciones y contraprestaciones personales. Las partes deben cooperar de buena fe y conforme a la equidad a la realización del negocio de la superficie. El *locator*, *dominus soli*, debe poner el suelo y el vuelo a disposición del *conductor* y debe permitir, cláusula sinalagmática de superficie, que éste pueda promover, construir y tener la posesión *usus et fructus potestasque aedifici*.<sup>74</sup> El *conductor superficiario* debe abonar una pensión al dueño por la posesión, el uso y disfrute de la superficie.<sup>75</sup> El tiempo de vigencia del contrato es determinado libremente por las partes. Tal vez, los factores determinantes para fijar el tiempo del contrato para el *dominus soli* y el *superficiario* son la cuantía de la pensión y el valor de la inversión de la superficie. El *locator* quiere una renta cuantiosa y periódica por sujetar a un gravamen al suelo en beneficio del superficiario. El *conductor* quiere un plazo de tiempo suficiente para amortizar la inversión y explotar la superficie. El negocio superficiario privado romano es claro, limpio y cristalino.

El *locator* es *dominus soli*, pero fruto del contrato y de la cláusula sinalagmática de superficie<sup>76</sup> (*lege locationis sive conductionis de superficie*)<sup>77</sup> el arrendatario es, según afirma Gayo, D. 43, 18, 2 *Conductor del solar*, y *Conductor de superficie*, vale decir, titular contractual jurídico-económico civil de la edificación y la explotación en superficie.<sup>78</sup> A nuestro parecer, el *conductor superficiario* es poseedor del suelo porque lo toma en arrendamiento para construir el edificio en superficie y es poseedor del edificio en superficie<sup>79</sup> porque lo construye, usa, disfruta y

---

<sup>73</sup> GAYO *Inst.* 3, 136

<sup>74</sup> D. 43, 18, 1. *FIRA III*, 110

<sup>75</sup> GAYO *Inst.* 3, 142

<sup>76</sup> D. 43, 18, 1

<sup>77</sup> D. 43, 18, 1

<sup>78</sup> D. 43, 18, 1, 1

<sup>79</sup> D. 6, 1, 49



explota en suelo ajeno durante el tiempo pactado, a cambio del pago de una pensión.

Un problema diferente, es el tipo de posesión —natural, civil, *in bonis*, *quasi possessio* o posesión de derecho etc.— que tenga el superficiario. Lo que sí parecen apuntar las fuentes, con cierta claridad, es que el superficiario privado (y digo esto para diferenciarle del superficiario público), inicialmente, parece tener una posesión natural *ad fruendum* derivada de la *locatio conductio de superficie* (cláusula edictal del interdicto de superficie) pero esta posesión se irá transformando, gradualmente, por obra de los pretores y del trabajo de la jurisprudencia clásica en una *quasi possessio* o posesión de derecho pretoria útil superficiaria.<sup>80</sup>

Si el *locator* autoriza en el contrato la transmisión o el traspaso del edificio, el superficiario puede transmitir la posesión uti/frui superficiaria a terceros mediante negocios *inter-vivos*,<sup>81</sup> o bien mediante actos jurídicos *mortis-causa*.<sup>82</sup> La inclusión de estas cláusulas en el contrato de superficie fue libre para las partes y, tal vez, dependió del tipo de construcción superficiaria, del volumen del negocio superficiario, de la duración del contrato, de la cuantía de la pensión etc.

Por otra parte, el *dominus* es el titular jurídico de la propiedad de ambas entidades materiales,<sup>83</sup> pero el superficiario retiene, además de la posesión *ad fruendum*, el valor adquirido por la construcción del edificio en suelo ajeno. Del mismo modo que en el negocio de la superficie pública, este reconocimiento jurídico permite una valoración económica de mercado del edificio superficiario, o de los predios superficiarios y su transmisión mediante negocios *inter-vivos*, por ejemplo, mediante venta y donación. El valor económico vuelve a aflorar cuando los juristas clásicos, afirman que la superficie se transmite por actos *mortis-causa*.

---

<sup>80</sup> M.F.C.SAVIGNY, "TRATADO DE LA POSESIÓN", Trad. Monereo Pérez JL. Ed. Comares, Granada, 2005 p. 304 "*Aquél a quien compete este ius in re no es poseedor ni propietario de la casa, pero tiene una iuris quasi possessio y en virtud de ella acciones posesorias*".

<sup>81</sup> D. 6, 2, 12, 3

<sup>82</sup> D. 43, 18, 1, 7

<sup>83</sup> D. 43, 18, 2

El legatario de superficie recibe la posesión del edificio superficiario y su valor económico frente al heredero gravado.

El contrato de arrendamiento superficiario posibilitó, siguiendo los pasos de la concesión superficiaria pública, la desmembración, vale decir la separación de la propiedad vertical suelo-superficie de la posesión vertical (*uti/frui*) suelo-superficie (D. 43, 17, 1 <-> D. 43, 18, 1, 2) e impulsó la realización del negocio urbanístico privado de la superficie, es decir, la construcción en altura en suelo ajeno —*insulae* o pequeños rascacielos de Roma<sup>84</sup>— mediante la cooperación contractual entre el dueño del suelo, que recibe periódicamente un cantidad de dinero, y los promotores-constructores de los edificios superficiarios en suelo ajeno; promotores que no sólo desean vivir en el edificio superficiario; su interés es, generalmente, mayor: la especulación inmobiliaria y la explotación económica y comercial del edificio colectivo dividido por plantas. Ambas partes tienen intereses económicos y desean conseguir lucro y beneficios periódicos. Estos fines comunes de las partes parecen demostrar que la superficie nació y se concibió siempre en el Derecho Romano clásico como un negocio. La intervención de los pretores y de la jurisprudencia en el negocio de la superficie se hizo más intensa a medida que éste trascendió los límites de las relaciones entre el *dominus soli* y el superficiario y se extendió a terceros interesados. La desmembración contractual propiedad-posesión superficiaria respetaba escrupulosamente el principio *superficie solo cedit*, pues la propiedad del suelo y del edificio eran del dueño del suelo, pero la posesión del edificio en superficie, su valor económico, y la posibilidad de su transmisión eran poderes jurídicos y económicos del superficiario; poderes protegidos por el Pretor.

## 2. La superficie pública y privada como unidad económico-jurídica del negocio superficiario

En este apartado debemos distinguir entre los edificios superficiarios públicos y los edificios superficiarios privados:

---

<sup>84</sup> CICERON, *De Lege Agraria*, II, 96, “*Romam ... cenaculis sublatam atque suspensa*”. D. 6, 2, 12, 3

### 3.1. Superficie Pública

Desde los últimos siglos de la República, las concesiones inmobiliarias superficiarias del Estado romano y de sus entes territoriales municipales tuvieron varios fines claros:

- El primero, la recaudación permanente y periódica (la concesión queda sujeta siempre al pago del tributo, (*solarium-vectigal*)).
- El segundo, el aumento del dinero tributario público.
- El tercero, el incremento de la edificación pública y de su valor del Estado y de los municipios. La construcción en superficie enriquecía al Tesoro.

Bajo estos presupuestos, Cicerón nos dice en sus cartas a su amigo Ático que la superficie pública es considerada como unidad jurídico-económica pues, a instancias del Senado, es tasada por los magistrados: “*SUPERFICIEM CONSULES EX SENATUS CONSULTO AESTIMABUNT*”.<sup>85</sup>

Si para el ente concedente el negocio era claro para los concesionarios superficiarios, el negocio habría sido inviable si el estado no les hubiese permitido retener y negociar con el valor económico de mercado de lo invertido en superficie. Las concesiones superficiarias se hicieron por periodos variables de tiempo. Generalmente, de cinco a cien años. Durante este tiempo, además del uso (*uti*) y de la explotación del edificio o predio superficiario público (*frui*), el concesionario podía negociar económicamente, *inter-vivos*, con terceros. Esta práctica comercial superficiaria es descrita por Ulpiano:

“*Qui tabernas argentarias, vel ceteras, quae in solo publico sunt, vendit, non solum, sed ius vendit, quum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet*”,<sup>86</sup> (el que vende locales de banca, u otros locales de negocio, que están en suelo público, no vende el suelo sino el derecho, porque estos locales son públicos, cuyo uso pertenece a los particulares).

La construcción de locales de empresa públicos en superficie, sujetos al pago de un *vectigal*, también fue testimoniado por el arquitecto Vitrubio. El texto del jurista es contundente. Del fragmento se puede

<sup>85</sup> CICERÓN, *Ad Att. 4, 1*

<sup>86</sup> *D. 18, 1, 32*

deducir que bien, el Estado romano, bien los concesionarios del suelo público superficario construyen locales de negocio destinados al ejercicio de empresas. En ambos supuestos, por el principio de accesión o atracción necesaria, los locales edificados pasan a ser propiedad del Pueblo Romano. Ahora bien, el derecho de uso superficario privado es objeto de compra y venta. La primera consecuencia es inmediata. La superficie tiene un valor económico de mercado y este valor económico es titularidad del superficario público. A pesar de las objeciones de Ben Stoop, quien afirma que “*originally it was not posible to transfer the ius superficarium*”,<sup>87</sup> nosotros estimamos que el derecho de transmisión de uso superficario público acredita, sin duda, la existencia de un mercado inmobiliario superficario público en Roma y sus municipios desde tiempos de la República. El superficario no puede transmitir la propiedad del suelo público ni el local de negocio. Pero ¡sí puede vender la posesión superficaria! El principio de absorción “*superficie solo cedit*” es respetado, pero el principio queda superado por la existencia de prácticas financieras y comerciales sobre la superficie pública. El Estado romano tiene la propiedad del suelo y de lo edificado en superficie, pero el superficario tiene intereses en el negocio de la superficie, intereses que se materializan mediante contraprestaciones jurídicas y económicas. El superficario es titular de:

a) La posesión tributaria *uti/frui* de la superficie pública: “*usus ad privatos pertinet*”.

b) El valor económico del derecho de uso privado de la superficie pública. Valor que nace bien fruto de lo invertido en la construcción, bien fruto de lo invertido en la adquisición del local superficario público ya construido, bien fruto del valor adquirido por el local superficario por el ejercicio continuado de empresa (volumen del negocio, clientela etc.).

c) El derecho a traspasar o vender la posesión superficaria *uti/frui* del local superficario público a cambio de un precio: “*sed ius vendit*”.

Del texto de Ulpiano se extrae una importante consecuencia:

La consideración del local como unidad económica superficaria. La consideración de superficie no recae necesariamente sobre la totalidad

---

<sup>87</sup> BEN STOOP, *cit.* p. 23

del edificio público. Los edificios colectivos públicos se componen de numerosos predios superficiarios públicos, vale decir, de numerosas unidades económicas-jurídicas superficiarias individuales. Cada unidad es objeto de uso y de negocio independiente del resto de los predios superficiarios públicos.

En relación a la tasación del valor económico de la superficie pública es indudable que la práctica comercial de cada momento histórico, determinaría el valor del derecho de uso superficiario. Por ejemplo, la posición del local comercial superficiario, su ubicación en el foro o en el centro financiero y comercial de la ciudad, el grado de proximidad a las principales calles y avenidas, el grado de tránsito y movimiento de las gentes, su proximidad a otros negocios, empresas y edificios públicos, y el volumen de negocio de la empresa serían factores que tendrían, sin duda, muy en cuenta los superficiarios. En este sentido, al decir de Ben Stoop: “*the Romans were already aware of the value of goodwill and of the importance of the physical location of a business*”.<sup>88</sup> Esta opinión nos parece acertada. La superficie como unidad económica jurídica, objeto de negocios, estaba sujeta a aumentos y disminución del valor de mercado. En periodos de expansión urbanística se apreciaría de valor. En tiempos de guerra y de crisis generalizada el mercado superficiario público se depreciaría. En todo caso, los negocios superficiarios privados sobre edificios y locales superficiarios públicos constituyeron un mecanismo poderoso de fomento del urbanismo en altura, del comercio, de la industria y de la creación y circulación de riqueza privada en el imperio.

### 3.2. Superficie Privada

La compra y venta de solares privados constructivos<sup>89</sup> y la transmisión mortis causa de las *insulae*<sup>90</sup> y de *insulae superficiarias*,<sup>91</sup> o inmuebles y edificios colectivos divididos por plantas en varias alturas, es un fenómeno económico e inmobiliario que se desarrolla a lo largo de la época clásica. Ambas clases de transmisiones ponen de manifiesto la tutela

<sup>88</sup> BEN STOOP, *cit.* p. 260.

<sup>89</sup> D. 6, 2, 11, 9: “*si aream emero, et insulam in ea aedificavero*”.

<sup>90</sup> D. 4, 3, 18, 2

<sup>91</sup> D.10, 2, 10. D. 30, 86, 4

jurídica de la superficie como objeto de circulación entre personas diferentes, y la asignación de un valor económico individual (determinable o determinado) con independencia del valor económico del suelo donde se ubique. El valor económico de la superficie no sigue al valor económico del suelo. Son valores diferentes y están fuera del principio de atracción necesaria. El dueño del suelo es dueño de la superficie. Pero el dueño del suelo no es dueño del valor económico del uso de la superficie.<sup>92</sup>

Pomponio acredita en sus escritos jurídicos la existencia en su tiempo del negocio de la compraventa de la superficie privada. El jurista transmite esta valiosa información, de modo indirecto, en un texto jurídico casuístico, pues cuando escribió este fragmento estaba resolviendo una duda sobre la pertenecía y atribución de un dinero obtenido por el precio de venta de unos bienes pertenecientes a una dote:

*“SI EX LAPIDICINIS DOTALIS FUNDIS LAPIDEM VEL ARBORES, QUAE FRUCTUS NON ESSENT, SIVE SUPERFICIUM AEDIFICII DOTALIS VOLUNTATE MULIERIS VENDIDERIT, NUMI EX EA VENDITIONE REPERTI SUNT DOTIS”*, (si con la voluntad de la mujer, el marido hubiese vendido piedra de canteras de un fundo dotal, o árboles que no fuesen de fruto, o bien un edificio superficiario de la dote, el dinero percibido por esta venta es de la dote), *D. 23, 3, 31*.

La mujer es poseedora de un edificio superficiario; el marido vende, con el permiso de su esposa, el edificio a terceros:

- La transmisión de la superficie privada, mediante contrato de compra y venta, sin la intervención del dueño del suelo, queda acreditada por el jurista.
- El precio o valor de la venta es acordado por el comprador y el vendedor del edificio superficiario.
- El valor de venta es independiente del valor del valor económico del suelo donde se asienta el edificio.
- En el contrato de compraventa del edificio superficiario no interviene el dueño del suelo.

Este fragmento parece demostrar que circulación de edificios superficiarios en el mercado inmobiliario de Roma es una realidad. Este fenómeno es acreditado por los juristas clásicos posteriores. Por ejemplo,

<sup>92</sup> *D. 18, 1, 32*

Ulpiano, comentando la rúbrica del Edicto sobre el Interdicto de Superficie, dice que:

“*QUI SUPERFICIE IN ALIENO SOLO HABET, CIVILI ACTIONE SUBNIXUS EST, NAM SI CONDUXIT SUPERFICIEM, EX CONDUCTO, SI EMIT, EX EMPTO AGERE CUM DOMINO SOLI POTEST*”, (quien tiene un edificio superficiario en suelo ajeno, está sometido a la acción civil; si arrendó el edificio superficiario, puede demandar con la acción del arrendamiento *ex conducto* y si compró el edificio superficiario, el comprador de la superficie puede demandar con la acción de compra *ex empti*), *D. 43, 18, 1, 1*.

La venta de superficie se podía realizar por el dueño del suelo como acredita este fragmento, o con independencia del dueño del suelo, como acredita el primer fragmento citado, *D. 23, 3, 31*.

Las transmisiones de edificios y predios superficiarios abrieron la intervención de terceros. Esta participación rompió las relaciones civiles *dominus soli - superficiario*. Los límites del negocio se abrieron y se extendieron *erga omnes*. Los negocios de traspasos y ventas podían quedar sujetos a los supuestos de evicción, “*si soli possessori superficies evinctur*”<sup>93</sup> (si al poseedor del suelo se le hiciera evicción de la superficie) y a casos de transmisiones por parte de quien no era dueño —*a non domino*— de los edificios superficiarios: “*IDEM EST, SI SUPERFICIARIAM INSULA A NON DOMINO BONA FIDE EMERO*”, (lo mismo es, si yo hubiese comprado un edificio colectivo en altura superficiario a quien no era dueño). *D. 6, 2, 12, 3*.

La existencia de un mercado inmobiliario privado de edificios en altura, no estrictamente superficiarios, es un hecho constatado por Cicerón: “*ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti Claudium Centemalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum artitudo officeret auspiciis, CLAUDIUS PROSCRIPTI INSULAM VENDIDIT, EMIT P CALPURNIUS LANARIUS*”<sup>94</sup> y los juristas del inicio del Principado. Labeón analizó un caso de un supuesto de una venta y un arrendamiento concertados al mismo tiempo con personas distintas por un *DOMINUS INSULAE*: *Insulam uno pretio totam locasti et eam vendidisti*, (diste en arrendamiento todo el edificio

<sup>93</sup> *D. 43, 18, 1, 5*

<sup>94</sup> CICERON, *DE OFFICIIS*, 3, 66. *Id.* 3, 67

por un precio, y lo vendiste),<sup>95</sup> Suetonio: “*pro posito milies sestertium gratuito in trienni tempus et rursus quibusdam DOMIIS INSULARUM, pretio restituo*”<sup>96</sup>. Y Ulpiano confirma la persistencia de la vida de este mercado inmobiliario al inicio del siglo III d. C.: “*Item inquit: si insulam emit*”, (también dice: si compré un edificio colectivo en altura).<sup>97</sup>

Los fragmentos jurídicos demuestran la inversión, tal vez, con frecuencia, de cantidades millonarias de dinero en la compraventa y el arrendamiento de *insulae* o edificios en altura. Las *insulae*, islas, eran edificios, a los que se asignaba un nombre propio y estaban rodeados de calles que permitían el paso y la distancia de otros edificios *ambitus*-. Estos pequeños rascacielos estaban compuestos de numerosas plantas donde vivían varias centenas de vecinos. A pie de la calle se ubicaban los locales de negocio y en las plantas superiores las galerías, los pisos, los apartamentos, las habitaciones, los desvanes y los trasteros. Las inversiones financieras en el mercado superficiario (suelos superficiarios y edificios superficiarios) debieron producir negocios especulativos y procesos inflacionarios en los precios del suelo, de las viviendas y de los alquileres. Desde la República, las fuentes jurídicas y literarias constatan la existencia de un mercado inmobiliario de este tipo de edificios, construcciones ubicadas, generalmente, en las manzanas y distritos más importantes de las ciudades y de las colonias.

En este escenario de negocios inmobiliarios urbanos, creemos, en contra de la opinión civil dominante, que no es pretencioso afirmar que el arrendamiento y, además, la compra y venta de *insulae* superficiarias privadas, o inmuebles colectivos en altura construidos en suelo ajeno privado, fue un negocio económico inmobiliario que debió emerger a finales de la República y se desarrolló en la época clásica. Estimamos que la datación de este fenómeno se puede apoyar en un fragmento del jurista Alfenio Varo:

“*QUI INSULAM TRIGINTA CONDUXERAT, SINGULA COENACULA  
ITA LOCAVIT, UT QUADRAGINTA EX OMNIBUS COLLIGERENTUR;*

<sup>95</sup> D. 19, 2, 58

<sup>96</sup> SUETONIO, TIBERIO, 48

<sup>97</sup> D. 6, 2, 11, 10



*DOMINUS INSULAE, QUIA AEDIFICIA VITIUM FACERE DICERET, DEMOLIERAT EAM*”, (si conduces – arrendaste – una *insula* por treinta, y arrendaste individualmente cada piso, de modo que percibieses por todos cuarenta, y el dueño de la *insula* por vicios del edificio la hubiese demolido) *D. 19, 2, 30*.

El *dominus insulae* es el *locator* de la *insula*. El arrendatario de la *insula* es conductor de una *insula superficiaria* que está ubicada en suelo ajeno. El supuesto de Alfeno es un caso de negocio y explotación comercial de un rascacielos —*insula*—. No hay duda al respecto. El dueño del suelo es el *dominus insulae*. El *dominus insulae* arrienda la *insula* a un tercero. El arrendatario es probable que fuese un *conductor de superficie*.

El arrendamiento y la compraventa de este tipo de edificios colectivos en altura (el fragmento citado es cristalino) requerían grandes cantidades de dinero. La compra y el mantenimiento de un edificio de seis o siete plantas, compuestas de numerosos locales de negocios, pisos y habitaciones exigían un gran esfuerzo financiero. Podemos decir que este negocio superficiario privado solo estaba al alcance de personas y sociedades civiles muy ricas.

La compra y venta de *insulae* superficiarias posibilitó su circulación en el mercado inmobiliario sin la intervención del dueño del suelo. Según el tenor del texto de Ulpiano, *D. 6, 2, 12, 3* “*si insulam superficiariam a non domino bona fide emero*” se debería admitir la posibilidad de que el comprador del rascacielo pueda adquirir a título derivativo el título jurídico de superficiario. Y esta afirmación es acorde con el parecer del jurista en *D. 43, 18, 1, 1*: “*qui superficiem in alieno solo habet,...., si emit ex empto cum domino soli agere potest*”, (quien tiene un edificio en superficie en suelo ajeno,...., si compra el edificio superficiario puede demandar con la acción civil de compra al dueño del suelo). Si el comprador adquiere la superficie del dueño del suelo está protegido con la acción civil. Si la compra de otro superficiario está protegido, además, con las acciones pretorias útiles superficiarias. En ambos casos, el vendedor de la *insula superficiaria*, traspasa la posesión superficiaria, es decir, la posesión *uti/frui* sobre la superficie. Si interpretamos el texto *D. 6, 2, 12, 3* a sensu contrario, en el Derecho clásico parecen existir compras de *insulae superficiarias* a título de dueño, —*a domino*—. Ello parece conducir a la posibilidad de la existencia de un dominio superficiario

que ejercitaría el titular del derecho de superficie. Sin embargo, *sabemos bien que la propiedad civil superficiaria no existió en el derecho clásico*. Como bien demostrara Savigny<sup>98</sup>, el superficiario no goza de “*animus domini*” ¿Cómo interpretar este fragmento jurídico? Algunos autores señalan la posibilidad que el *dominus soli* es el único facultado para vender la *insula superficiaria a domino* (fruto del principio de atracción necesaria). Este supuesto es viable; el *dominus soli* puede retener la propiedad del suelo y del edificio y puede vender la posesión de su edificio que pasa a ser, fruto de la compra y venta, un inmueble superficiario. Pero el fragmento dice que el adquirente compra un *insula superficiaria a non domino*.<sup>99</sup> El comprador puede adquirir *a domino et ad non domino* una *insula superficiaria*, vale decir, un edificio que anteriormente era superficiario. El superficiario no tiene *animus domini* y no puede transmitir *a domino* civil la superficie.<sup>100</sup> Pero el superficiario sí puede transmitir *in bonis habere util* la *possessio de la superficie*. Todo parece apuntar a que esta adquisición *a non domino* derivativa es una adquisición del *in bonis habere útil* de la posesión superficiaria. Y por ello, el adquirente está protegido, en vía útil, con la *Actio Publiciana*.<sup>101</sup> El superficiario tiene una posesión superficiaria pretoria que no es *ad usucapionem*. Esta posesión es distinta de la posesión civil del *dominus soli*. Sólo éste puede transmitir la posesión civil *ad usucapionem* del suelo y de la superficie, regla jurídica que es fruto del principio de atracción jurídica, *superficie solo cedit*. Este supuesto se produce si el tradens transmite la posesión civil al *accipiens* del suelo y la superficie y éste por *iusta causa traditionis* —compra— adquiere, además, de buena fe, la posesión del suelo y de la superficie. Este marco jurídico pretorio de posesión útil/ficticia superficiaria permitió la creación del mercado inmobiliario superficiario privado en Roma y posibilitó la circulación y los negocios *inter-vivos* de los edificios y predios superficiarios en altura entre terceros sin la intervención de los propietarios. Los propietarios del suelo eran dueños

<sup>98</sup> M. F.C de SAVIGNY, *cit.* p. 70

<sup>99</sup> BEN STOOP, *cit.* p. 266 afirma, en sentido condicional, que “*one should understand here non dominus soli*”.

<sup>100</sup> M. F. C de SAVIGNY, *cit.* p. 70

<sup>101</sup> FRANCO PASTORI, *cit.* p.321. BEN STOOP, *cit.* p. 266

de los edificios; estaban protegidos por el principio *superficie solo cedit*. Este principio imposibilitaba la usucapión del *in bonis habere superficiario*; era necesario la adquisición de la posesión civil, o del *in bonis habere* del solar. Tal vez, ante esta compleja situación, fruto de la no admisión de la propiedad superficiaria independiente de la propiedad del suelo, los pretores y la jurisprudencia solucionaron algunos de los problemas jurídicos antieconómicos que aquél principio suscitaba; de esta forma, se dio curso a la circulación económica de los predios superficiarios en suelo ajeno, sin la intervención del dueño del suelo. Este negocios jurídicos del superficiario con terceros se verifican por las noticias que nos transmiten los fragmentos jurídicos clásicos: “*sin autem ab alio prohibeatur*”,<sup>102</sup> (más si le prohibiese <poseer la superficie> por un tercero), “*quia melius est possidere potius quam in personam expiriri*”<sup>103</sup> (puesto que es mejor poseer —la superficie— que ejercitar la acción personal frente al tercero). Ambas son expresiones del jurista Ulpiano y certifican la participación de terceros en el negocio de la superficie sin la intervención del *dominus soli*.

Como hemos acreditado, la adquisición de edificios colectivos en altura implicaba el pago de cantidades millonarias en dinero. El comprador de la superficie debía tener unas garantías jurídicas extraordinarias que protegiesen su inversión y el desarrollo del negocio superficiario. Por ejemplo, la *INSVLA ARRIANA POLLIANA*<sup>104</sup>, de Pompeya, se componía de 300 locales de negocio y 150 apartamentos. La compra de esta *insula* suponía la compra de 450 unidades económicas en altura. Si este rascacielo hubiese sido superficiario, la compra y venta supondría el desembolso de grandes cantidades de dinero que no estaban al alcance de cualquier ciudadano. La compra y venta de *insulae* acredita la existencia de un negocio de edificios y unidades económicas superficiarias muy activo y vivo en la época clásica. En este marco económico se comprende muy bien, que los glosadores<sup>105</sup> y los

<sup>102</sup> D. 43, 18, 1, 1

<sup>103</sup> D. 43, 18, 1, 1

<sup>104</sup> CIL, IV, 138

<sup>105</sup> JACOBUS COLUMBI II, 39. *Hostiensis, Libro III de Feudis, Quod ius acquiritur, n. II. PASTORI, cit. p. 65-66-67.*

comentaristas<sup>106</sup> sostuvieran la existencia de un dominio directo a favor del *dominus soli* y de un dominio útil a favor del superficiario, a semejanza de la enfiteusis. Esta tesis fue contestada por Donello, quien tras afirmar que el derecho de superficie tiene lugar en suelo ajeno: “*ius superficiei in alieno solo habendae*”,<sup>107</sup> sostuvo que el “*superficiarius tenendae, possidendae, persequendaeque superficiei ius habet solus, non aliter quam dominus in re sua*”<sup>108</sup> (el superficiario tiene solo el derecho a tener, poseer y perseguir la superficie, pero no más allá que el dueño sobre su cosa).

Nosotros entendemos que atribuir, por regla general, el dominio útil a favor del superficiario es excesivo. El término dominio útil significaría tener todas las facultades y poderes del propietario civil, protegidos en vía útil. Es una afirmación, tal vez, muy absoluta, pues parece poner en pie de igualdad jurídica al *dominus soli* con el superficiario. Sin embargo, sabemos bien, que este paralelismo de poderes y facultades dominicales no fue la regla jurídica clásica general que presidió el derecho de superficie, pues al decir de numerosos juristas clásicos, el superficiario tiene un reconocimiento jurídico ¡discrecional! pretorio de poder comportarse como propietario, y puede ejercer, en ocasiones, facultades como propietario; y aparejado a esta calificación, se le concede una protección procesal útil. El superficiario no tiene un título de dominio útil pretorio que forma parte de un dominio dividido y compartido con el *dominus soli*.<sup>109</sup> Basta pensar en los supuestos de “*conductio de superficie ad modicum*”

<sup>106</sup> BARTOLO, *In primam Digesti Novi partem commentaria*, in L. Ait Praetor, ff. *De superficibus, & qui superficiem* (D. 43, 18, 1, 1) n.1 (ed. Augustae Taurinorum, 1574, fol. 147 v <recte. Fol. 157v>).

<sup>107</sup> DONELLO, *Comentarii de iure civili*, Ib. IX, cap. XVI, n.1 (Opera omnia, II, Romae, 1828, 1291).

<sup>108</sup> DONELLO, *cit. cap. XVII, n. 2*, 1302.

<sup>109</sup> En este sentido, PASTORI, *cit.* p. 64. En consonancia con ello, quiero subrayar que VOLTERRA, (tesis acogida en la actualidad por LUIS RODRÍGUEZ-ENNES y JESÚS DAZA MARTÍNEZ, “*Instituciones de Derecho Privado Romano*”, 4ª edición, revisada y ampliada Valencia, 2009, p. 243-244) ha advertido que sostener la existencia de un dominio dividido en el Derecho Romano clásico es excesivo. Se trataría más bien de supuestos en los que el poseedor *in bonis* gozaría de algunas facultades que le corresponderían ejercer al *dominus* de la cosa.

*tempus*”<sup>110</sup>. Acaso sería preferible entender que el poseedor superficiario gozaría, en algunas ocasiones, de facultades defensivas propias del dominio. Este pretendido dominio útil es un dominio ficticio, no es un dominio civil; sin embargo, el Pretor tuteló la “*POSSESSIO UTIL IN BONIS UTI/FRUI SUPERFICIARIA*” mediante la ficción procesal y jurisdiccional, (*causa cognita*) aplicada a los negocios de compra y venta de superficie. El magistrado romano operó así para apoyar jurídicamente y económicamente la viabilidad del mercado inmobiliario superficiario romano clásico. El superficiario es titular de una posesión superficiaria *in bonis util*, es decir, protegida en vía jurisdiccional útil, *pero excluida* de la *usucapio*; *possessio* que es diferente de la posesión civil del *dominus* sobre el suelo y su edificio. La tutela de la posesión del superficiario permitió hacer viable el tráfico jurídico inmobiliario, es decir, el negocio especulativo inter vivos superficiario mediante compra y venta de la posesión de edificios en altura o superficie privada en suelo ajeno:

- a) Superficie privada como unidad económico-jurídica.
- b) Superficie privada como unidad económica y jurídica, transmisible en el tráfico del comercio y de los negocios.
- c) Superficie privada como unidad económica independiente del suelo con valor de tasación de mercado: “*NUNC DEMUM INTELLEGO P. CLODI INSULAM ESSE VENALEM, CUIUS HIC IN AEDICULIS HABITAT DECEM*”, CICERON, *PRO CAELIO* 3, 17.
- d) La superficie siempre sigue la condición jurídica del suelo, “*superficie solo cedit*”, pero la accesión jurídica no alcanza al valor económico. El principio de absorción no puede extenderse al valor económico del uso del edificio. El superficiario vende el uso del edificio y cobra un precio del comprador de la superficie. Ese precio es el valor económico del uso y explotación, que es independiente e inalcanzable para el principio de atracción jurídica.

Estas perspectivas histórico-jurídicas, inexploradas por la doctrina civil, deben ser tenidas en consideración para valorar el verdadero significado de la institución y para determinar su naturaleza jurídica. Los

<sup>110</sup> D. 43, 18, 1, 3

conceptos jurídicos civiles medievales del dominio dúplex —dominio directo - dominio útil—, y el concepto jurídico civil humanista de superficie como *ius in re aliena* se nos antojan como conceptos inapropiados, tal vez, demasiados rígidos, si consideramos a la superficie privada clásica vestida con estos “trajes civiles” y no atendemos a otras claves jurídicas. Estos conceptos son válidos y operativos si se considera al “dominio útil del superficiario” como una “posibilidad de defensa jurisdiccional *in rem*”, pues el superficiario no tiene *animus domini* ni una posesión *ad usucapionem*.<sup>111</sup> Aquella posibilidad de defensa procesal es discrecional, pues depende del *imperium* del pretor; posibilidad que complementa a la superficie como *negocio inter-partes*, vale decir, como negocio que obliga: a) *dominus soli-superficiario*, b) *dominus soli —superficiario—* terceros, c) superficiario-terceros.

Las partes del negocio superficiario regulan y defienden sus intereses. Las partes se pueden atribuir las facultades que estimen por conveniente, (tiempo de duración del negocio, posibilidad de transmisión y circulación económica de la superficie en el mercado inmobiliario, etc.). Que estos negocios sinalagmáticos superficiarios, o procesos de regulación y circulación superficiaria privada (arrendamientos de superficie por largo tiempo, traspasos de negocios, venta de superficie) animaron a los pretores a su tutela jurisdiccional es evidente, y el fenómeno explicaría la defensa personal:

- Del *dominus soli* y del *superficiario*.
- La defensa jurisdiccional del *dominus soli-superficiario* frente a terceros mediante la cesión de acciones *in personam*, “*sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus, et cedere*”.<sup>112</sup>
- La creación de la protección extraprocesal mediante el *interdicto de superficie*.
- La *protección procesal real* de la superficie: *in factum et in rem* útil “*erga omnes*”. Protección jurisdiccional real que posibilitó:

<sup>111</sup> M. F. C. de SAVIGNY, *cit.* pp. 70 y 304

<sup>112</sup> D. 43, 18, 1, 1

1) La independencia de la ayuda del *dominus soli*, mediante la cesión de acciones.<sup>2)</sup> La operatividad plena y transmisión de la superficie entre los superficiarios, al margen de los dueños del suelo, en el mercado inmobiliario: “*longe utile visum est, quasi in rem actionem polliceri*”.<sup>113</sup> 3) La defensa de la superficie por el superficiario frente a terceros.

En todos los supuestos, la jurisdicción procesal “*in rem util pretoria et in personam civil*”, a la postre, protegió siempre al negocio superficiario, y por ende, a los mercados inmobiliarios. Y al albur de estas reflexiones, *sive velint sive nolint*, es forzoso situar aquí la defensa de la superficie frente a los supuestos que amenazan ruina económica para ellas. Según el parecer de Ulpiano:

“*Si ego superficiarius sim, et opus novum fiat a vicino, an possim nuntiare? Movet, quod QUASI INQUILINUS SUM. Sed Praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et servitutum causa actio mihi dabitur, et operis novi nuntiatio debet mihi concedit*”<sup>114</sup>, (si yo soy superficiario y el vecino realiza una obra nueva, ¿puedo denunciarla? Se duda, porque soy un QUASIINQUILINO. Pero el Pretor, me concede acciones útiles *in rem*, y por lo tanto, me concede acción por causa de la servidumbre, y debe concederme la Denuncia de obra nueva).

Según el jurista, el superficiario es un inquilino especial. Él lo denomina *quasi inquilino*. Es un inquilino que puede estar protegido “como si fuese propietario”, o al menos, protegido como si tuviese facultades reales de protección sobre la superficie. El superficiario puede vindicar una servidumbre a favor de la superficie y parar la construcción de una obra nueva. Sin embargo, del texto, se deduce que la protección *in rem* útil es discrecional. Ulpiano duda y dice que el Pretor ¡debe conceder!: “*debet mihi concedit*”. El magistrado no está obligado a conceder una protección real al superficiario. El superficiario no tiene un *ius in re aliena civil*. El superficiario no tiene un *ius in re aliena pretorio*. El superficiario no tiene un dominio útil permanente sobre la superficie. Según Ulpiano, el superficiario, titular de un derecho personal (*quasinquilinus*), tiene una protección jurisdiccional *in rem* útil que se valora caso por caso. Esta protección, que es una posibilidad de defensa, servía para la protección del jurídica y económica del superficiario frente a terceros sin necesidad

<sup>113</sup> D. 43, 18, 1, 1

<sup>114</sup> D. 39, 1, 3, 3

de la intervención directa del *dominus soli*. Esta es la razón por la que el jurista llama al superficiario *quasi inquilinus*. Es inquilino, pero ¡es algo más! Es un titular de un derecho civil *in personam*, pero puede defender su derecho *in rem* útil bajo el manto protector del Pretor. Sin embargo, el derecho de superficie no fue un derecho *tam in rem quam in personam*, pues la protección procesal real útil fue discrecional.

El problema de la protección procesal útil volvió a surgir paralelamente en relación al daño temido. El desarrollo de la construcción en altura hizo intervenir a los pretores, *causa cognita*, en la resolución de los casos de edificios ruinosos que planteaban amenazas para la vida y la economía de las personas. En los inicios del Principado, si el jurista Sabino no admite la protección jurisdiccional del vecino frente al superficiario,<sup>115</sup> dos siglos después, Pomponio afirma que “*damni infecti stipulatio latius patet; et ideo et ei, QUI SUPERFICIARIAM INSULAM HABET, UTILIS EST EA STIPULATIO, SI QUID IN SUPERFICIE DAMNUM DATUM FUERIT; ET NIHILOMINUS ET SOLI DOMINO UTILIS EST, SI SOLO DAMNUM DATUM FUERIT, ut tota superficies tolleretur; fraudabitur enim dominus soli in pensione percipienda*” (la estipulación del daño que amenaza permite más supuestos; y así es útil esta estipulación para quien tiene un edificio colectivo en altura en superficie, si el edificio superficiario sufre daño; y no lo menos para el dueño del suelo si el solar sufre daños de modo que la totalidad del edificio superficiario sea una ruina).<sup>116</sup>

El jurista cree que la superficie es un negocio en el que están implicados el dueño del suelo y un tercero, quien tiene un edificio colectivo en altura, superficiario, en solar tomado en arrendamiento. Los pretores concedieron una protección real en favor de ambas partes mediante una *cautio damni infecti* porque es útil para sus intereses económicos. El fragmento es muy importante porque la protección *in rem* útil es en favor de ambos contratantes:

a. El *superficiario* —*conductor*— puede denunciar y obligar a estipular mediante la prestación de caución del daño temido al vecino que

<sup>115</sup> D. 39, 2, 15, 12

<sup>116</sup> D. 39, 2, 39, 2



amenaza ruina, porque éste puede poner en peligro al edificio superficiario: *in superficie damnum datum fuerit*.

b. El *dominus soli* —locator— puede denunciar al vecino porque la ruina del solar *damnum solo fuerit* puede arruinar al edificio superficiario y, en consecuencia, pierde la pensión que le abona periódicamente el titular de la superficie.

Ulpiano confirma, significativamente, que: “*superficiarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat*”<sup>117</sup> (el superficiario puede hoy estipular en vía útil por el daño temido). El superficiario puede forzar, en vía procesal, la prestación de la rcaución por el daño temido en vía útil. El superficiario denuncia al propietario del edificio vecino por la posesión de un edificio que amenaza ruina. Según Ulpiano, el superficiario puede obligar a estipular en vía procesal útil, es decir, a prestar caución ante el Pretor por el daño temido; el tercero queda obligado, personalmente, por lo estipulado frente al superficiario. La defensa del superficiario fue una defensa jurídica útil de su interés económico: defensa del valor económico del edificio en superficie, y de su explotación comercial y financiera.

La protección procesal derivó del *imperium* del Pretor. Estas actuaciones del Derecho Público tutelaron, por una parte, el interés general público urbanístico y de la edificación, y, por otra, el mercado inmobiliario superficiario público y privado en dos vertientes:

- Vertiente económica del dueño del suelo, del superficiario y de los terceros.
- Vertiente jurídica del dueño del suelo, del superficiario y de los terceros.

A modo de conclusión, en la civilización romana, republicana y clásica, existieron dos negocios superficiarios. El origen de los negocios superficiarios parece que se deben ligar al nacimiento y el desarrollo del urbanismo especulativo fiscal público y del urbanismo comercial especulativo privado. Si durante la República, (previa calificación urbanística del suelo) la explotación económica de la superficie se realizó por el Estado Romano y sus entes municipales territoriales mediante conce-

<sup>117</sup> D. 39, 2, 13, 8

siones administrativas y tributarias, en el Imperio, los ciudadanos y las sociedades mercantiles desarrollaron negocios superficiarios privados mediante contratos sinalagmáticos de superficie —*Locatio Conductio de Superficie*—. En este marco, el desarrollo del urbanismo y la edificación en altura en suelo ajeno condujo a los pretores y a la jurisprudencia a regular los intereses jurídicos y económicos de las partes que integraban el negocio, y sus relaciones con terceros. Ello propició la creación de una nueva protección extra procesal pretoria que creó instrumentos protectores de la posesión superficiaria – *Interdicto de Loco Publico Fruendo*, (negocio superficiario público) *Interdicto de Superficie* (negocio superficiario privado) – y de una nueva protección procesal, que actuaba de modo discrecional y valoraba caso por caso, *causae cognitio*, cada negocio superficiario. Esta actividad condujo a la creación de acciones judiciales in *Factum et in Rem* útil superficiarias, pero ello no constituyó que se sistematizase al derecho de superficie como un *ius in re aliena*. Por el contrario, si creemos a Biondi, los pretores concedieron acciones sin preocuparse de la valoración dogmática de la superficie<sup>118</sup>. La casuística jurisprudencial y la actividad jurisdiccional se dirigieron a la protección, en último término, de los intereses económicos y jurídicos del negocio superficiario, y, por ende, del urbanismo, público y privado, y de los mercados inmobiliarios.

### Bibliografía

- V. ARANGIO RUIZ, “*La struttura dei diritti reali sulla cosa altrui in diritto romano*”, Arch. Giur. , 1908, vol. LXXXI, p. 436 ss.
- BIONDO BIONDI, “*La categoria romana delle servitutes*”, Milano, 1938.
- LUCIO BOVE, “*Ricerche sugli agri vectigales*”, Napoli, 1960.
- BRAGA DA CRUZ, “*O direito de superficie no direito romano*”, Coimbra, 1949.

---

<sup>118</sup> BIONDO BIONDI, “*Le servitù prediali nel diritto romano*”, Milano, 1954, pp. 79 s.

- ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “HACIA UN TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO ROMANO” en *Revista General de Derecho Administrativo*, IUSTEL, n. 24, Mayo, 2010, pp. 1-37.
- ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “*Léxico Fiscal e instrumentos de política financiera*”, en *Revista General de Derecho Romano*, IUSTEL, n. 24 Junio 2010, (RI&409242).
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Derecho Privado Romano*, 2ª ed. Civitas, 2009, pp. 353-358.
- LEVY, “*The West Roman Vulgar Law*”, Philadelphia, 1951.
- JULIO MANGAS “*Leyes coloniales y municipales de la Hispania Romana*”, en *Cuadernos de Historia*, vol. 86, Madrid, 2001.
- MASCHI, “*Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio superficie solo cedit*”, en *Studi in onore V. Arangio-Ruiz*, Napoli, 1953.
- ANDREA PALADINI, “SUPERFICIE”, en NDI. Vol. XVIII, 1957.
- FRANCO PASTORI, “*La superficie nel diritto romano*”, Milano, 1962.
- RAINIER, “*Superficies uns Stockwerkseigentum im Klassischen römischen Recht*”, en ZSS. R. 1989, CVI, 229 ss.
- LINO SALIS, “SUPERFICIE”, en NDI., vol. XVIII, 1957.
- F. C SAVIGNY, “*Tratado de la Posesión*”, Ed. Comares, Granada, 2005.
- E. SILVEIRA MARCHI “*La proprietà per piani nel diritto romano*”, en INDEX, vol. 18, Napoli, 1980.
- F. SITZIA, “SUPERFICIE”, en ED., vol. XVIII, 1990.
- F. SITZIA, “*Studi sulla superficie in epoca giustiniana*”, Milano, 1979.
- A. ZAERA GARCÍA “*El negocio de la insula en la Roma ciceroniana*”, en *Revista de Estudios Histórico – Jurídicos de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXIV, 2002.